

Annexe au cours principal.

Justice et droit. La question du ‘droit naturel’

Ces deux notions s'entendent sur un double registre :

- D'un côté comme appartenant à l'être, positif, donné : la justice est une institution qui veille à ce que les lois soient appliquées ; et le droit c'est précisément l'ensemble de ces lois instituées par le législateur.
- D'un autre côté comme appartenant au **devoir-être**, c'est une aspiration humaine plus qu'une institution tangible.

I. Le Droit comme idéologie

Partons du droit en tant qu'il existe : on va d'abord soutenir qu'il n'est qu'une pièce de la machinerie politique, la politique étant à son tour entendue comme rapports conflictuels entre groupes sociaux. Selon cette idée, **la loi n'est qu'un habillage plus ou moins habile de la force, une extension du rapport de force.**

A.

On peut d'abord dire que la loi est l'instrument de défense des faibles contre ceux qui sont forts par nature et qui n'ont pas besoin d'elle pour vivre, au contraire. Ce serait alors une ruse, un artifice, anti-naturel. C'est par exemple l'idée de Calliclès, le sophiste imaginé par Platon dans le *Gorgias*. La vie bonne et juste selon la nature ne s'embarrasserait d'aucune loi ou interdit, elle chercherait à satisfaire chacun de ses désirs. Voir le texte dans le cours sur désir et bonheur.

Remarque : Cette conception, qui semble particulièrement immorale, est peut-être en fait très commune : c'est ce que laisse supposer la fameuse fable, inventée par Platon, de **l'anneau de Gygès**. Extrait de l'article wikipedia :

L'Anneau de Gygès est une fable racontée par Platon au début du deuxième livre de *La République*; elle raconte l'histoire de Gygès qui trouve un anneau qui lui permet de devenir invisible. Dans la discussion sur la justice qui est le sujet de *La République*, l'anneau de Gygès joue le rôle de ce que l'on appelle aujourd'hui une expérience de pensée.

Dans le livre I de la *République*, Thrasymaque, défendant le droit du plus fort, soutient contre Socrate l'idée que commettre l'injustice est profitable (et sans aucun doute plus profitable que la subir) et que la justice est le fait des faibles. Mais la réfutation que lui administre Socrate ne convainc pas Glaucon et Adimante, les deux frères de Platon. Dans le but de discuter plus à fond la position de Thrasymaque, Glaucon reprend cette position à son compte, sans toutefois l'approuver, et l'illustre, en la renforçant, par la fable de Gygès.

Gygès découvre qu'en tournant vers l'intérieur de sa main le chaton d'une bague découverte par hasard lors d'un violent orage qui ouvrit le sol devant lui, il peut devenir invisible. Une fois ce pouvoir découvert, il s'arrange pour faire partie des messagers envoyés au palais royal. Là, grâce à cette invisibilité, il séduit la reine, complot avec elle et assassine le roi pour s'emparer du pouvoir. Rien ne peut lui résister, doté d'une telle arme.

Cette histoire montre que, **si nous étions assurés de l'impunité**, et quand bien même nous ne serions pas particulièrement vicieux par nature ou par éducation, et bien nous finirions par nous livrer à l'injustice, en enfreignant les lois pour satisfaire nos désirs les plus bas.

B.

On peut aussi, à l'inverse, analyser la loi comme un élément stratégique assurant le rapport de domination de la classe dominante (« forte ») sur la classe dominée (« faible »). Ce discours peut être explicite, comme le montre Foucault quand il cite un parlementaire (législateur) du XIX^e siècle :

Mais ce discours n'est pas nécessairement lucide, conscient. Il est le plus souvent purement **idéologique**. Chez Marx, l'« idéologie » est un concept très important, qu'il faut tâcher d'expliquer : toute société jusqu'ici a été divisée en classes antagonistes, en lutte l'une contre l'autre. La base réelle de la société réside dans le travail et dans son organisation sociale, qui a toujours été un rapport d'exploitation d'une classe sur une autre (p. ex. : dans l'antiquité, propriétaire/esclave ; à l'époque moderne, bourgeois/prolétaire).

L'idéologie correspond au discours « savant », culturellement établi, qui fait passer pour **naturelle et légitime** cette exploitation (voir chez Aristote la justification de l'esclavage, dans *Politique* I,2, texte étudié pour d'autres motifs dans le cours sur la politique :

« [une union nécessaire selon la nature] est celle d'êtres qui sont incapables d'exister l'un sans l'autre (...). C'est le cas de celui dont la nature est de commander avec celui dont la nature est d'être commandé, en vue de leur conservation commune. En effet dans ce cas, l'être qui, par son intelligence, a la faculté de prévoir, est par nature un chef et un maître, tandis que celui qui, au moyen de son corps, est seulement capable d'exécuter les ordres de l'autre, est par sa nature même un subordonné et un esclave : de là vient que l'intérêt du maître et celui de l'esclave se confondent ».

La religion chrétienne est une autre idéologie, elle promet le paradis au terme d'une vie de souffrance, moyennant quoi elle autorise et légitime ces souffrances, qui ont leur origine réelle dans l'exploitation économique « Heureux les pauvres, etc. »

Le droit correspond à un tel habillage idéologique du rapport de classe moderne ; autrement dit, il permet de masquer le rapport de force. **Son universalité n'est qu'apparente**, il n'assure pas l'égalité qu'il proclame, il sert au contraire à **masquer l'inégalité**. 2 exemples :

- le « contrat de travail » est un engagement réciproque entre deux sujets juridiques, qui en tant que tels sont égaux : or il est évident qu'entre le salarié, menacé de chômage et l'employeur, le rapport économique réel n'est pas égal.
- Les « droits de l'homme » consacrent en apparence l'égalité politique des hommes. Mais s'ils proclament par exemple que tous les hommes ont également droit à la propriété, alors seuls les propriétaires seront défendus par le droit. Pour Marx, les droits de l'homme sont les droits du bourgeois, mais chacun, quel que soit sa richesse économique réelle, peut se *croire* égal à l'autre.

CCL de I : Le droit, dans son existence concrète, n'est pas aussi universel qu'il se proclame, il est toujours au service d'intérêts particuliers contre d'autres intérêts particuliers ; mais il est un rapport de force *masqué*, et l'égalité apparente qu'il proclame permet à l'inégalité réelle d'être acceptée. (Rq : tout ceci peut être rapporté aux critiques du *Ile Discours* de Rousseau, visant l'Etat non-légitime, non-conforme au contrat social bien conçu : l'Etat ne fait que consacrer et aggraver les inégalités en les masquant).

Il y aurait hypocrisie ou naïveté à croire que la loi est faite pour tout le monde au nom de tout le monde; [...] il est plus prudent de reconnaître qu'elle est faite pour quelques-uns et qu'elle porte sur d'autres; qu'en principe elle oblige tous les citoyens, mais qu'elle s'adresse principalement aux classes les plus nombreuses et les moins éclairées; qu'à la différence de ce qui se passe pour les lois politiques ou civiles, leur application ne concerne pas tout le monde également, que dans les tribunaux, la société tout entière ne juge pas l'un de ses membres, mais qu'une catégorie sociale préposée à l'ordre en sanctionne une autre qui est vouée au désordre : « Parcourez les lieux où l'on juge, où l'on emprisonne, où l'on tue... Partout un fait nous frappe; partout vous voyez deux classes d'hommes bien distinctes dont les uns se rencontrent toujours sur les sièges des accusateurs et des juges, et les autres sur les bancs des prévenus et des accusés »*, ce qui s'explique par le fait que ces derniers, par défaut de ressources et d'éducation, ne savent pas « rester dans les limites de la probité¹ légale »**; si bien que le langage de la loi qui se veut universel est, par là même, inadéquat; il doit être, s'il faut qu'il soit efficace, le discours d'une classe à une autre, qui n'a ni les mêmes idées qu'elle, ni les mêmes mots : « Or avec nos langues prudes³, dédaigneuses, et tout embarrassées de leur étiquette³ est-il aisé de se faire comprendre de ceux qui n'ont jamais entendu que le dialecte rude, pauvre, irrégulier, mais vif, franc, pittoresque de la halle, des cabarets et de la foire... De quelle langue, de quelle méthode faudra-t-il

faire usage dans la rédaction des lois pour agir efficacement sur l'esprit inculte de ceux qui peuvent moins résister aux tentations du crime? »*** La loi et la justice n'hésitent pas à proclamer leur nécessaire dissymétrie de classe.

M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir* (1975), Gallimard, coll. « Tel », p. 321-322.

1. Honnêteté.

2. Vertueuses.

3. Règles.

Notes de l'auteur :

* P. Rossi, *Traité de droit pénal*, 1829, t. I, p. 32.

** C. Lucas, *De la réforme des prisons*, t. II, 1838, p. 82.

*** P. Rossi, *loc. cit.*, p. 33.



Une affiche réalisée par l'école des Beaux-Arts en mai 1968.

II. « LA FORCE NE FAIT PAS DROIT » (J.J. Rousseau)

S'il nous paraît injuste que le droit ne soit qu'un enrobage hypocrite visant à faire accepter un rapport de force inégal, c'est bien que le droit est autre chose : une idée, un idéal, un « devoir-être » par opposition à ce qui est. Le droit peut bien *partir* d'une situation de fait qui n'est qu'un rapport de force, il n'est pas véritablement du droit s'il ne vise pas, par son institution, à corriger cette inégalité donnée. Qu'il soit l'outil du retournement du rapport de force (Calliclès) ou le masque du rapport de force (Marx), il n'est pas encore conforme à son concept, il n'est pas encore *juste*.

Chacun reconnaît facilement qu'un rapport de force n'a en lui-même rien de juste. Il suffit pour s'en convaincre, de raisonner ainsi : si la force fait droit, si le plus fort peut dire le droit du seul fait qu'il est le plus fort, alors dès que le faible pourra, par ruse ou par coalition, renverser le rapport de force, il sera à son tour dans son droit. Finalement, seule la victoire, par force serait juste (ou par ruse, variante de la force, mais pas plus légitime). Ce qui est absurde. L'idée d'un « droit du plus fort » est donc contradictoire, la « loi de la jungle » indique une nécessité physique, pas du tout une obligation une situation de droit. Le droit ne sera droit que s'il cherche à corriger ce que cette situation a d'injuste.

III. L'idée de justice : problème.

Le problème, c'est qu'au-delà de ces principes assez abstraits concernant l'égalité, le contenu concret de la justice n'est pas évident, ni même peut-être connaissable : on peut s'accorder à dire qu'il ne suffit pas qu'un rapport de force existe pour qu'il soit juste, que la justice est du côté du « devoir-être » est pas de l'être donné ; on peut s'accorder à dire qu'il y a un écart entre le droit et le fait, cela ne veut pas dire que l'on *sait* ce qui est juste, que l'on sait ce qui devrait être. Deux auteurs pour développer cette idée :

A. Pascal,

« Justice, force.

Il est juste que ce qui est juste soit suivi ; il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi.

La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique.

La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants. La force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste.

La justice est sujette à dispute. La force est très reconnaissable et sans dispute. Aussi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste.»

Pascal, *Pensées*, 1662

Dans ce texte célèbre, Pascal commence par distinguer la justice de la force, comme le devoir-être est distinct de l'être. Toutefois, le devoir-être n'est pas seulement ce qui n'est pas, mais ce qui, conformément à son concept, cherche à être : il serait injuste de savoir ce qui est juste et de ne pas le faire. Le droit n'est pas seulement rectitude, mais rectification. Voilà pourquoi il doit s'adjoindre la force ; l'impuissance de la justice serait injuste.

Mais « **La justice est sujette à dispute** », cad à discussion sans fin, sans preuve définitive ni connaissance démontrable. La force, de son côté, est sans discussion (c'est un fait!). Du coup, l'alliance de la justice et de la force a bien lieu, mais pas sous l'autorité de la justice : « ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste ».

Donc Pascal n'affirme pas que le rapport de force est juste, mais que la justice existante, instituée, ne saurait être autre chose qu'un rapport de force, parce que notre « idée » de justice n'est qu'une opinion, jamais démontrable, jamais connaissable selon la raison. Ce n'est donc pas celui qui sait ce qui est juste qui dit le droit, mais le plus fort (ou le plus rusé). On revient donc à la 1^{re} partie de ce cours.

Rq : que « la justice soit sujette à dispute » qu'il n'y ait pas de concept rationnel, universel et démontré, de la justice, Pascal le montre facilement en considérant la variété des lois que se donnent les hommes en fonction de leurs cultures (C'est dans le même texte qu'il dit « Vérité en deça des Pyrénées, erreur au-delà »). On pourrait tirer la même conclusion de n'importe quelle discussion, au bistrot ou dans la rue. On peut aussi se rappeler la déception de Descartes à l'issue de ses voyages en vue de trouver des vérités.

B. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1934).

Le droit est-il pour autant irrationnel et arbitraire. La réponse que permet Kelsen est complexe et bien articulée : Le droit instaure un « ordre juridique » qui ressemble beaucoup à un système déductif. IL parle de « pyramide de normes » pour décrire cet ordre (p. ex. en France : les règlements à la base, qui sont des applications/déductions de lois, elles-mêmes déduites de ou conformes à la constitution).

En cela, il y a une logique et une rationalité juridiques. Mais (problème connu!) les principes premiers de cet « ordre juridique » ne sont pas connaissables par la raison, laquelle n'appréhende que l'être, et pas le devoir-être. Celui-ci correspond non à la raison mais à la volonté, radicalement distincte de la raison pour Kelsen. Il y a donc des « valeurs » premières, qui sont incompatibles et que l'on ne peut hiérarchiser objectivement, qui donnent lieu à des « ordres juridiques » incompatibles et que l'on ne peut hiérarchiser ou préférer que subjectivement, en fonction de nos préférences, opinions, cultures. C'est ainsi que Kelsen analyse l'opposition, centrale à son époque, entre ordre juridique « communiste », qui a pour principe la valeur « sécurité sociale » (cad une société où l'on n'a rien à craindre), et ordre juridique « libéral », qui a la faveur de ceux pour qui il est évident (mais indémontrable) que la valeur « liberté individuelle » est première.

« Les hommes divergent d'opinion quant aux valeurs à considérer comme évidentes et il n'est pas possible de réaliser toutes ces valeurs dans le même ordre social. Il faut ainsi choisir entre la liberté individuelle et la sécurité sociale, avec cette conséquence que les partisans de la liberté jugeront injuste un ordre juridique fondé sur la sécurité et vice versa ».

Hans Kelsen,
Théorie pure du droit

Conclusion sur Kelsen : il n'y a de critique à adresser au droit existant que s'il est inconséquent avec les principes qu'il pose, ou si l'on est pas d'accord avec les valeurs qu'il pose en principe (si les idées et les mœurs changent, par exemple, comme par exemple de nos jours au sujet de la qualification juridique des animaux). Mais, fondamentalement, le droit ne repose pas sur une justice indubitable. Dit autrement : il n'y a que du « droit positif », il n'y a pas de critère supérieur pour évaluer si tel ordre juridique est bien droit.

Rq : cela ouvre de redoutables débats qui se mêlent à la question du « relativisme culturel » : si telle société n'admet pas comme évidente l'égalité homme-femme, mais que son système juridique est parfaitement cohérent, au nom de quoi la condamner ?

IV. PERTINENCE DU DROIT NATUREL.

Kelsen nie radicalement toute pertinence à l'idée de justice que nous pourrions nous former hors des textes juridiques. Cela revient à dire que le seul angle d'attaque critique et rationnel vis-à-vis d'un tel code législatif, c'est la cohérence interne entre telle loi et tel principe : telle loi serait inconstitutionnelle par exemple (autrement dit, on ne saurait opérer de déduction rationnelle entre la norme supérieure affirmée dans la constitution et la loi en question). Ce n'est pas rien, et il faut en tenir compte.

Mais cela peut être insuffisant. Si ces principes juridiques reflètent des valeurs culturelles établies, ils ne sont pas pour autant hors-critique. C'est ce sur quoi insiste Leo Strauss, dans son livre *Droit naturel et histoire*, en réponse à Kelsen :

« Mais le simple fait que nous puissions nous demander ce que vaut l'idéal d'une société montre qu'il y a dans l'homme quelque chose qui n'est point totalement asservi à sa société et par conséquent que nous sommes capables, et par là obligés, de rechercher un étalon qui nous permette de juger l'idéal de notre société comme de tout autre ».

Au « sommet » de nos systèmes juridiques, il y a une idée de l'homme et de ses valeurs suprêmes. Mais ces principes eux-mêmes sont critiquables. Dire d'emblée qu'il y a là des « valeurs » relatives, dont on ne pourrait rien dire d'objectif ni hiérarchiser, cela nous laisserait impuissants face à un système juridique cohérent mais dont les principes seraient révoltants (ordre juridique de l'Allemagne nazie par exemple).

La phrase de Léo Strauss laisse entendre que la recherche d'un « droit naturel », ou d'une idée (vraie) de la justice est elle-même comprise dans la justice comme devoir-être : nous sommes capables de nous demander ce que valent nos valeurs, donc nous le *devons*.

→ sur la question du « relativisme moral », voir l'émission « philosophie » de R. Enthoven sur le site Arte+7, « Toutes les cultures se valent-elles ? » et le 2^e cours sur la culture.

V. CONTESTATION, DESOBEISSANCE.

Mais ne va-t-on pas retomber sur l'impossibilité d'une telle définition (de la justice, du « droit naturel » des hommes) par voie de connaissance ou de démonstration ?

Disons qu'à défaut de contenu, il y au moins des formes, des façons de parvenir à cette idée qui sont admissibles ou pas, et qui rendent ensuite cette idée admissible ou pas :

- pas la violence (la force ne fait pas droit)
- critère d'autonomie : chercher le droit naturel doit se faire dans un débat rationnel ; au contraire, le chercher dans un « discours révélé » (religieux) ne préserve pas l'autonomie. Rq : c'est autre chose de dire : voilà ce qui est juste, et il se trouve par ailleurs que telle règle religieuse est conforme.
- Critère d'égalité de tous par rapport à la loi – voir Rousseau & Rawls.

Voir aussi le début de l'article « désobéissance civile » sur wikipédia (les § I et II).

VI. Remarque pour finir : vengeance et équité.

Pour finir, penchons-nous sur deux distinctions classiques.

A. LA VENGEANCE n'est-elle pas une prémisse de la justice ? Après tout, elle procède elle aussi de la volonté de redresser un tort, de corriger une inégalité. Mais ce qui la caractérise, c'est que c'est la victime elle-même (ou l'un de ses proches, qui lui est affectivement lié) : dès lors, la punition n'est plus objectivement établie (telle crime=tel châtiment). Il manque donc cet élément objectif-universel, et la réparation-vengeance est arbitraire. Du coup, elle est à son tour subie non comme réparation, mais à son tour comme tort personnel, qui appelle la vengeance, etc. (*vendetta*). C'est ce qu'expose Hegel, qui distingue donc clairement, dans le genre « réparation », l'espèce « vengeance » de l'espèce « punition » :

« Il ne faut pas que l'acte de réparation soit exercé par l'individu lésé ou par ceux qui dépendent de lui car, chez eux, la restauration du droit en son caractère universel se trouve l'idée au caractère fortuit de la passion. La réparation ne peut être l'oeuvre que d'un tiers, à cet effet commis, qui ne fasse valoir et n'effectue que de l'universel. Dans cette mesure, elle est *punition*. *Eclaircissement*. La vengeance se distingue de la punition en ce que l'une est une réparation obtenue par un acte de la partie lésée, tandis que l'autre est l'oeuvre d'un juge. Il faut donc que la réparation soit effectuée à titre de punition, car, dans la vengeance, la passion joue son rôle, et le droit se trouve troublé. De plus, la vengeance n'a pas la forme du droit, mais celle de l'arbitraire, car la partie lésée agit toujours par sentiment ou selon un mobile subjectif. Aussi bien, quand le droit se présente sous la forme de la vengeance, il constitue à son tour une nouvelle offense, n'est senti que comme conduite individuelle, et provoque inexorablement, à l'infini, de nouvelles vengeances. Hegel, *Propédeutique philosophique*, 1810.

B.

Si la vengeance est une distorsion passionnelle de la justice punitive, **la vertu d'équité** consistera au contraire à corriger ce que la loi punitive comporte de trop universel ou mécanique (telle peine=telle punition). C'est ce qu'explique Aristote au Livre V de *L'éthique à Nicomaque*. L'équité est rendue nécessaire à cause du caractère concret/*particulier* des cas à juger, alors que la loi est par nature *générale*. Aristote affirme donc que l'homme équitable est encore meilleur que le juste, parce que la justice a à s'effectuer concrètement et non en général. La loi toutefois n'est pas simplement dépassée ou ignorée par le jugement équitable : celui ne sera valable que s'il se met dans l'esprit de la loi, dans l'intention du législateur.

La jurisprudence est donc la partie concrète et le correctif indispensable de la connaissance juridique.

